

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Núñez-Vaquero, Á. (2017). Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 54-70.
DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.5.

Recibido el 26 de octubre de 2016
Aprobado el 05 de diciembre de 2016

UNA MIRADA REALISTA SOBRE LA PONDERACIÓN (Y LA CONCRECIÓN) DE PRINCIPIOS

ÁLVARO NÚÑEZ-VAQUERO* |

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo poner en cuestión dos de los instrumentos metodológicos típicos de ordenamientos constitucionalizados: la ponderación y la concreción de principios. El artículo comienza explicando el contexto normativo de la constitucionalización, para a continuación presentar una determinada concepción acerca de los principios jurídicos. La siguiente parte del trabajo está dedicada a analizar tres razones por las que deberíamos abandonar o limitar el uso de ambos instrumentos, especialmente en el ámbito de los tribunales constitucionales, en favor de una aproximación más deferente hacia el legislador. Finalmente, se concluye presentando una posible alternativa: un sistema de precedentes.

PALABRAS CLAVE: principios, ponderación, concreción, derechos, discrecionalidad, precedente.

** Doctor en Filosofía. Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. E-mail: alvaro.nunez@uach.cl.
ORCID: 0000-0001-8665-2381.

A REALISTIC LOOK AT THE CONSIDERATION (AND THE REALIZATION) OF PRINCIPLES

ABSTRACT

This article aims to question two of the typical methodological tools of constitutionalized systems: the balance and the concretion of principles. The article begins explaining the regulatory context of the constitutionalization, to then present a certain conception about legal principles. The central part of the work is devoted to analyze three reasons about why we should abandon or drastically limit the use of both instruments, especially in the field of constitutional courts in favor of a more deferential approach to the legislator. Finally, it concludes presenting a possible alternative: a precedents system.

KEY WORDS: principles, balancing, concretization, rights, discretionality, precedent.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO

Pese a que la expresión ‘constitucionalización’ se ha difundido mucho, parece existir un amplio acuerdo teórico acerca de en qué consiste tal proceso¹. Varias de las propiedades caracterizadoras del proceso de constitucionalización del derecho (Guastini, 2009) se refieren a una entidad que ha tomado gran preponderancia en las culturas jurídicas constitucionalizadas: los principios jurídicos. Aquí, analizaré una tesis normativa acerca de aquellos: la tesis según la cual es bueno o positivo que los operadores jurídicos —especialmente los jueces y, más en concreto, los tribunales constitucionales— ponderen y concreten principios. Llamaré a esta doctrina o tesis normativa ‘ponderativismo’². Sin embargo, antes de pasar a analizar cómo se ponderan y concretizan principios, es necesario analizar la misma noción de principio.

¿Qué son los principios jurídicos?

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, hace ya 20 años, identificaron hasta seis conceptos diferentes a los que se hacía referencia mediante la expresión “principios jurídicos”. Entre otras, su trabajo tiene la virtud de presentar una noción estructural de los principios tomando en consideración anteriores aportes en el ámbito de la teoría de las normas. Para estos autores, los principios son normas de condicional abierto, esto es, normas en las que la satisfacción de las condiciones previstas en su antecedente no es condición suficiente para que se siga el consecuente, lo que constituiría la principal diferencia con las reglas, que tendrían condicional cerrado. Estos autores añaden a la anterior distinción aquella entre normas de conducta y normas de fin, dividiendo a su vez los principios jurídicos en dos tipos: los principios en sentido estricto (normas de conducta, de cumplimiento todo-o-nada) y las directrices o normas programáticas (normas de fin, de cumplimiento gradual).

Dicha diferencia estructural entre principios y reglas se ve reflejada³ en otra distinción relativa al papel que juegan aquellos en el ámbito de la justificación. Mientras que las reglas incorporarían razones de carácter perentorio (y no dependientes del contenido), los principios incorporarían razones no perentorias

¹ La bibliografía sobre la constitucionalización del derecho es ya más que abundante. La expresión, puesta de moda por Susanna Pozzolo (2011, 2015) a finales de los años 90 del pasado siglo, ha tenido un éxito poco esperado en la literatura teórico-jurídica hispanoamericana.

² Dicha tesis constituye, en este sentido, una subtesis de lo que se conoce como constitucionalismo ideológico (Comanducci, 2010): aquella doctrina que valora positivamente los resultados del proceso de constitucionalización.

³ Se trata, como han señalado varios críticos y han reconocido los propios autores, de dos criterios intensionalmente independientes que solo contingentemente indican extensionalmente el mismo conjunto de normas. El segundo criterio parece equivalente a la propuesta de Dworkin (1984).

y dependientes del contenido⁴. La consecuencia a la que llegan ambos autores es que los principios, a diferencia de las reglas, requieren ser ponderados (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 37).

Ahora bien, ponderación quiere decir dos cosas diferentes en relación a estos dos tipos de principios: mientras que (el resultado de) ponderar principios en sentido estricto implica construir casos genéricos en los que se especifica cuál de los principios concurrentes resulta aplicable⁵, ponderar directrices supone especificar los medios adecuados para alcanzar los fines indicados por aquellas (Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 37).

Aquí, es importante señalar dos cosas.

La primera de ellas es que, si sostenemos una visión irenista (no conflictualista de los principios), parece que los principios en sentido estricto no tendrían que ser siempre ponderados o balanceados en relación a principios (o directrices) concurrentes. Ahora bien, el irenismo puede ser suscrito de dos formas diferentes: afirmando que los principios nunca chocan, siendo solo uno de ellos aplicables a cada caso (irenismo fuerte) o afirmando que en algunos casos resulta aplicable solo uno de ellos y en otros varios principios conflictivos (irenismo débil).

Si se acepta al menos que hay algunos casos en los que solo un principio resulta aplicable (irenismo débil), entonces aparece otro sentido en el que los principios en sentido estricto pueden (o deberían) ser ‘ponderados’. Ello debido a que aquellos no serían aún susceptibles de ser usados en un razonamiento subsuntivo, ya que un condicional abierto no puede funcionar como premisa mayor de un razonamiento silogístico.

De este modo, los principios en sentido estricto deben ser concretizados para poder ser aplicados (si es que se quiere que sean aplicados). Aunque pueden serlo en dos sentidos diferentes al que son concretizadas (o especificadas) las directrices.

En primer lugar, los principios en sentido estricto pueden ser concretizados sencillamente cerrando su antecedente: considerando suficientes las condiciones previstas en su antecedente para que se siga el consecuente, configurándolo como internamente aplicable.

⁴ Presupondré una tesis de la distinción fuerte entre principios y reglas, a saber: aquella según la cual la diferencia es estructural y no meramente de grado. Ello, no obstante, no implica que tengamos un criterio para diferenciar cuándo nos encontramos frente a un principio o una regla. Por el contrario, esta parece ser una operación que depende de los propios intérpretes-aplicadores y de sus preferencias. Si, por el contrario, configuramos la diferencia entre principios y reglas como meramente gradual, el problema es que la propia distinción se vuelve irrelevante al ser todas las normas derrotables (Ratti, 2009; Schauer, 2004).

⁵ Es preciso señalar que la actividad ponderativa puede llevarse a cabo tanto en abstracto como en concreto. Aquí me referiré especialmente a la ponderación en abstracto.

En segundo lugar, debido a la vaguedad de las condiciones de los antecedentes de los principios en sentido estricto⁶ y a que frecuentemente hacen referencia a propiedades no empíricas (muy frecuentemente, morales), estos principios pueden ser concretizados también especificando dichas condiciones⁷. Se trata del caso en el que los principios hacen referencia a nociones sobre las que existen diferentes concepciones que justificarían reglas diferentes. Por poner solo un ejemplo: con base en el principio de igualdad, parece posible justificar tanto la regla según la cual las cuotas electorales femeninas estarán permitidas como prohibidas.

La segunda cuestión a subrayar es que parece que también las directrices o normas programáticas pueden ser ponderadas en el sentido que indican Atienza y Ruiz Manero que lo serían los principios en sentido estricto. Es perfectamente posible, en este sentido, que los fines indicados por estos tipos de normas sean incompatibles. Si bien no resulta tan sencillo como pudiera parecer distinguir entre normas de acción y normas de fin⁸, lo cierto es que hay casos en los que dos estados de cosas resultan incompatibles. Por ejemplo: la directriz de pleno empleo y la directriz de mayor riqueza disponible son, al menos según algunas teorías económicas, fines incompatibles.

En estos contextos ponderar no quiere decir ni generar casos genéricos en los que prevalece una u otra directriz, ni concretar o especificar dichos objetivos⁹. Por el contrario, aquí el conflicto entre directrices —siempre que no se decida dar cumplimiento solo a una de ellas, dejando de lado la otra— se resuelve mediante la identificación de un tercer estado de cosas que no coincide totalmente ni con una ni con la otra de las directrices.

ALGUNAS RAZONES EN CONTRA DE LA PONDERACIÓN Y LA CONCRECIÓN

Mi objetivo en esta parte es indicar algunos argumentos o razones en contra de la ponderación y la concreción de principios como instrumentos del razonamiento jurídico de los órganos de adjudicación. Sin embargo, antes de proceder, es necesario distinguir entre dos formas en las que se pueden defender ponderación

⁶ Es posible, claro está, encontrarnos con reglas vagas. Solo me estoy refiriendo a normas combinatoriamente vagas, en las que no se sabe cuáles de las condiciones del antecedente son necesarias y/o suficientes para que se siga la consecuencia.

⁷ Bien entendido: especificando sus condiciones y, además, cerrando su antecedente.

⁸ Ello debido a que algunos estados de cosas o fines pueden ser definidos haciendo referencia a acciones. Por ejemplo: el estado de cosas *x* es aquel en el que ningún sujeto lleva a cabo la acción *y* (Bayón, 1989).

⁹ Lo mismo sucederá si lo que se pondera es un principio en sentido estricto con una regla o con una directriz (Pino, 2010; Martínez Zorrilla, 2007).

y concreción como instrumentos del razonamiento judicial: el ponderativismo caduco y el ponderativismo perenne¹⁰.

Por “ponderativismo caduco” estoy entendiendo la tesis según la cual los tribunales de justicia deben¹¹ emplear el instrumento de la ponderación (y/o de la concretización) únicamente durante un período, que suele coincidir con los primeros años de vigencia de los textos normativos —especialmente las constituciones— de los que se hacen derivar los principios¹². Por decirlo de algún modo: la tarea ponderativa sería una tarea con un comienzo y con un fin, que concluiría con la concreción de los principios; entendiendo por tal, la generación de un conjunto de reglas estables y no derrotables (Itzcovich, 2003). Es decir, a partir del conjunto de principios jurídicos que incorporan razones no concluyentes, los intérpretes-aplicadores derivarían un conjunto de reglas que incorporarían razones concluyentes y no derrotables.

Por “ponderativismo perenne” entiendo, por el contrario, la tesis según la cual, si bien los intérpretes-aplicadores derivan un conjunto de reglas que proporcionan razones concluyentes, aquellas quedan abiertas permanentemente a su revisión¹³. De este modo, la tarea ponderativa no tiene fin¹⁴ puesto que el conjunto de reglas que se puede derivar a partir de los principios es potencialmente infinito.

La protección de los derechos fundamentales

El primer argumento es que el ponderativismo pondría en peligro la protección de los derechos fundamentales. Ello porque el proceso de constitucionalización del derecho ha llevado, entre otras cosas, a la consideración de que las disposiciones que positivizan derechos fundamentales expresan ya no tanto reglas sino principios: en el mejor de los casos, principios en sentido estricto que pueden ceder ante la presencia de otros principios; en el peor, como normas programáticas de cumplimiento meramente gradual.

¹⁰ Uso los adjetivos ‘caduco’ y ‘perenne’ sin ningún tipo de connotación negativa, sino empleando una evidente metáfora botánica.

¹¹ ‘Deben’ en sentido deóntico y no meramente técnico. La razón para interpretar así la tesis ponderativista es que, en realidad, del hecho de que dos principios choquen no se sigue que deban ser ponderados. O, si se prefiere, a partir de la contradicción entre los principios se sigue cualquier cosa. Por ejemplo: se podría seguir también que cuando choquen dos principios, estos no deben ser tomados en cuenta como razones, y que la cuestión ha de ser resuelta lanzando una moneda al aire. Por tanto, aunque parte de la literatura considere que el deber de ponderar los principios es meramente técnico, lo consideraré como un deber en sentido deóntico.

¹² Al menos aquellos constitucionales explícitos. A esto habría que añadir los principios —constitucionales, infraconstitucionales y supraconstitucionales— implícitos, derivados no mediante actos de interpretación sino de construcción jurídica.

¹³ La diferencia no es, por tanto, que el perenne dure más que el caduco. Antes bien, en el ponderativismo perenne, los resultados de ponderaciones y concreciones son eternamente revisables.

¹⁴ Ni fin, ni inicio. Según algunos autores, el uso de principios no es producto del proceso de constitucionalización sino del propio derecho. Quienes sostienen esta tesis parecen comprometidos con el ponderativismo perenne y con alguna tesis de la conexión entre derecho y moral (Atienza, 2009).

Se trata de una bien conocida objeción a la ponderación como instrumento para la aplicación de las normas de derechos fundamentales.

Aquí, me ocuparé solo de los derechos fundamentales entendidos como principios en sentido estricto. Pues bien, según autores como Jürgen Habermas (1998, p. 332ss.) o Luigi Ferrajoli (2011), la ponderación de derechos fundamentales pondría en riesgo la concepción estándar de aquellos como normas que protegerían frente a toda eventualidad a sus destinatarios. Es decir, quedaría en discusión aquella concepción liberal de los derechos como coto vedado (Garzón Valdés, 1989), como límites infranqueables frente a la actuación del Estado (o de cualquier otro sujeto)¹⁵.

Sin embargo, frente a posiciones como las anteriores, se ha replicado que están basadas en una concepción irenista de los derechos, esto es, como si el ejercicio de determinados derechos no implicara necesariamente la limitación de otros (Pino, 2009, 2010). De este modo, se afirmaría todavía desde estas posiciones, no quedaría más remedio que ponderar dado que no es posible la satisfacción plena de todos los derechos.

Aquí no voy a entrar a discutir esta tesis sino que la daré, a título de hipótesis, por buena. No obstante, es necesario hacer dos observaciones ulteriores.

En primer lugar, incluso aunque aceptáramos que el ejercicio de los derechos choca en todos los casos con el ejercicio de algún otro derecho, ello no implica que no se puedan generar jerarquías axiológicas estables sin recurrir a la ponderación.

En realidad, no hay ninguna necesidad lógica (ni de ningún otro tipo) de ponderar, sino que se puede realizar una elección —como de hecho muchas veces sucede con base en alguna clasificación de los derechos, en especial la que los distingue por generaciones o con base en su contenido—, afirmando que algunos derechos tienen en abstracto preferencia sobre otros. Se trata, por supuesto, de una elección o decisión de carácter práctico, pero que no implica la realización de una ponderación¹⁶.

A la tesis de la ponderación subyace, bien visto, una tesis de carácter material o práctico según la cual todos —o un subgrupo de— los derechos están situados en el mismo plano por lo que ha de darse el mayor grado de cumplimiento de ellos, considerados globalmente. Dicho de otro modo: es como si la ponderación judicial pretendiese alcanzar el mayor grado de satisfacción global de todos los derechos, no pudiendo establecerse una jerarquía estable entre aquellos para todos los casos.

¹⁵ Estoy concibiendo los derechos subjetivos como reglas, normas de condicional cerrado no derrotables. Esta es la forma en la que se conciben desde el liberalismo político.

¹⁶ Se podría llamar también a esto ponderación, pero lo sería en un sentido diferente al que aquí estoy usando.

La plausibilidad de esta última tesis, que inicialmente parece evidente, en realidad no lo es tanto. Un ejemplo es suficiente para ilustrar el argumento: si consideramos que debe maximizarse la satisfacción de todos los derechos (o, al menos, aquellos en conflicto) —v gr., la satisfacción del derecho a la vida y a la autonomía sobre el propio cuerpo— entonces la conclusión según la cual deben existir limitaciones al derecho a interrumpir la gestación por parte de las mujeres se muestra como una necesidad porque hay que maximizar la satisfacción de ambos derechos. Ahora bien, no faltan quienes consideran que vida o autonomía deben ser derechos inderrotables, estableciendo una jerarquía estable entre ellos. Sin embargo ninguna de las dos posiciones parece admisible si se adopta la ponderación cómo método, lo que parece ser bastante discutible. Así, la ponderación hace imposible determinadas posiciones prácticas.

De este modo, antes que un neutral instrumento del discurso práctico, la ponderación sirve para alcanzar solo determinadas respuestas prácticas, mostrándose así como un medio cargado axiológicamente que presupone que los derechos (todos o un subconjunto de aquellos) están situados sobre el mismo plano¹⁷ y que se derrotan —al menos entre sí— sin poder establecer una jerarquía axiológica entre aquellos. El resultado es la tesis que viene a negar la concepción liberal clásica de los derechos como instrumentos de protección de sus titulares frente a todo evento.

La segunda observación es, si se quiere, más insidiosa. La razón es que el problema aquí ya no es tanto que los derechos se ponderen entre sí, sino que los derechos se han visto sometidos a ponderación —no con otros derechos— con otros principios y directrices que no expresan normas de derechos fundamentales, sino que protegen genéricos intereses: seguridad, paz social, orden público, salud pública, entre otros.

Por otro lado, si se piensa que los principios pueden ser tanto explícitos como implícitos, entonces no es difícil imaginar —no faltando ni mucho menos los ejemplos— que intereses de la administración (o de otros sujetos) pueden terminar suponiendo límites para los derechos fundamentales. Por poner solo un ejemplo: las libertades de circulación, expresión o el más elemental derecho a la integridad física son ponderados y derrotados, toda vez que estos derechos vienen a colisionar con el orden público.

Los amplios márgenes de discrecionalidad de la ponderación y concreción

El segundo problema en relación a la ponderación y concreción de principios jurídicos, los amplios márgenes de discrecionalidad que conceden aquellas, es

¹⁷ Es decir, resulta imposible defender una tesis acerca de la necesidad o conveniencia de la ponderación sin suscribir también alguna tesis acerca de que los derechos (o un subconjunto de ellos) se encuentran en un mismo plano (ausencia de jerarquía entre ellos). De este modo, los derechos se convierten en derrotables, al menos entre aquellos que estén situados en el mismo plano. En mi tesis, la derrotabilidad de aquellos no es la causa, sino la consecuencia, de situarlos en el mismo plano.

también ampliamente conocido (Sardo, 2013). Como hemos visto, la ponderación tiene como resultado el diseño de un conjunto de casos genéricos y la atribución de una solución normativa, cada una de las cuales constituirá la aplicación de uno de los principios en conflicto.

Aquí no voy a analizar ninguna teoría de la ponderación judicial en particular sino que, por el contrario, voy a señalar una característica común a todas las teorías de la ponderación. A saber: aquellas que no están metodológicamente constituidas por un conjunto de reglas claras (no vagas), sino por un conjunto de normas cuya aplicabilidad depende de las preferencias subjetivas del intérprete-aplicador. Para explicar la anterior tesis, es necesario recurrir a una bien conocida distinción en teoría de la argumentación.

Los teóricos (e ideólogos) de la argumentación jurídica suelen distinguir, al menos, entre dos aspectos del razonamiento jurídico: un aspecto formal y un aspecto material. Mientras que el primero haría referencia a la corrección estructural de los argumentos, el aspecto material, por su parte, haría referencia a la corrección de las premisas.

Un método, jurídico o de cualquier otro tipo, no es más que un conjunto de normas para poder aceptar como justificada una determinada conclusión. Sin embargo ya sabemos que dentro de la familia de las normas tenemos varios tipos, al menos, desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de su estructura, podemos encontrar normas de condicional abierto y normas de condicional cerrado; desde el punto de vista de las propiedades contempladas en sus antecedentes, podemos encontrar normas vagas en las que figuran propiedades graduales o valorativas y otras en las que sencillamente no concurren propiedades de este tipo.

Lo que estoy sosteniendo, dicho con más precisión, no es que las actividades de ponderación y concreción de principios sean completamente anárquicas o que otorguen una discrecionalidad total. Por el contrario, del mismo modo que otras formas de razonamiento, ponderación y concreción están regidas por un conjunto de normas. El problema es que dichas normas, en el caso de la ponderación y la concreción de principios, están infradeterminadas¹⁸. De este modo, la aplicación del método permite justificar varias respuestas como válidas porque las normas del método no son reglas claras; requiriendo así del operador jurídico decisiones de carácter axiológico no regidas por reglas.

El aspecto formal de ponderación y concreción de principios está, en efecto, regido por un conjunto de reglas claras¹⁹: si una ponderación no respeta tal forma, se

¹⁸ Esto no constituye necesariamente un defecto desde el punto de vista político, pero sí metodológico: siempre que consideremos que los métodos no deben estar infradeterminados y deben arrojar un solo resultado.

¹⁹ Basta pensar, en este sentido, en la bien conocida fórmula de la ponderación de Alexy (1993, 2007).

tratará de un razonamiento inválido. Ahora bien, pese a respetar dichas reglas, la estructura formal de dichas formas de razonamiento permite obtener varias respuestas como válidas.

Según los teóricos de la argumentación (Atienza, 2013, p. 19ss.), el aspecto formal se complementaría con el material y este último nos indicaría —señalando cuáles son las premisas correctas— cuál es la respuesta jurídica mejor o la única correcta. El problema es que ello no es así, ya que el aspecto material de ponderación y concreción de principios —en lugar de estar constituido por un conjunto de reglas cuya aplicabilidad no dependa de las preferencias del intérprete-aplicador— está constituido por un conjunto de reglas no claras y principios, otorgando así al intérprete-aplicador grandes márgenes de discrecionalidad. Ello hace que ponderación y concreción de principios requieran del intérprete-aplicador llevar a cabo juicios de carácter axiológico. Al no depender dichos juicios prácticos de reglas claras, sino de las preferencias de los intérpretes-aplicadores, el resultado es (salvo que se postule un objetivismo moral fuerte constituido por reglas²⁰) que también las normas que constituyen el aspecto material permiten presentar varias conclusiones como justificadas²¹.

En el caso de la concreción de principios, lo que nos encontramos es que las normas relativas al aspecto material de cuándo una regla está justificada por un principio son tan amplias que permiten justificar diferentes reglas incompatibles entre sí como concreciones de un mismo principio. Tal margen de discrecionalidad se debe a que aquellos hacen referencia en su antecedente a propiedades vagas y/o ético-políticas (o morales) sobre las que hay más de una concepción en juego. Es decir que concretar principios, en sentido estricto, requiere elegir entre concepciones diferentes de los principios basándose en alguna concepción filosófico-política sobre cuál es la mejor forma de entender la igualdad, la libertad, el interés del menor, la pena, entre otros. A menos que estemos dispuestos a sostener algún tipo de objetivismo moral fuerte, no parece que se disponga de ningún criterio no dependiente de las propias preferencias del intérprete-aplicador para establecer cuál es la forma correcta de concretar los principios en reglas²².

²⁰ No bastaría, en este sentido, un objetivismo moral de principios y/o reglas vagas —que tendrían que ser concretadas y ponderadas— sino que sería necesaria una moral objetiva constituida por reglas claras (no vagas). Y si un tal objetivismo moral fuese plausible, haría irrelevante la ponderación puesto que ya tendríamos reglas que constituyen las respuestas correctas antes de la ponderación.

²¹ Desde este tipo de posiciones se suele argumentar que solo se obtiene más de una respuesta justificada en los casos trágicos. Ahora bien, el problema es que la noción de caso trágico se traza precisamente con base en los resultados posibles de la ponderación, no disponiéndose de ningún criterio externo que permita establecer antes de la ponderación cuándo estamos frente a un caso trágico. Pero, de este modo, cuándo un caso sea trágico también dependerá de las preferencias de los intérpretes-aplicadores.

²² Se podría pensar que bastaría con recurrir a las convenciones jurídicas (profundas o no) de la comunidad. Pero en tal caso, ya no estaríamos frente a una actividad de ponderación, sino frente a la identificación del derecho mediante un hecho social: cuáles son las creencias de los participantes.

En el caso de la ponderación, la dificultad se debe a que no sabemos cómo atribuir valor o peso a cada uno de los principios en conflicto, cómo establecer las relaciones de preferencia entre unos y otros. De este modo, la fuente de los amplísimos márgenes de discrecionalidad de los que gozan los intérpretes-aplicadores deriva de nuevo del método de la ponderación, esto es, de las normas que rigen las operaciones de este tipo.

El problema es que ni los instrumentos metodológicos puramente formales —en este caso, la estructura que tiene que tener un razonamiento de tipo ponderativo (Bernal Pulido, 2003)— ni las normas a emplear para identificar las premisas del razonamiento, resultan suficientes para determinar tres aspectos. Primero, las reglas de la ponderación no sirven para establecer cuáles son los casos genéricos a los que se les debe atribuir solución normativa; es decir, no son suficientes para determinar cuál es el universo de propiedades y de casos que se debe resolver. Segundo, tampoco sirve para establecer cuál de los principios es el que debe prevalecer en cada caso. Tercero, no sabemos cómo resuelve el principio el caso en el que tiene preferencia porque si hay que resolver el caso mediante una regla entonces además necesitaremos concretizar el principio. De nuevo, a menos que se postule alguna suerte de objetivismo moral fuerte²³ que indique cuál es la solución correcta, la actividad ponderativa otorga amplísimos márgenes de discrecionalidad a los intérpretes-aplicadores.

Hasta este momento he mencionado solo dos aspectos de la justificación o de la argumentación cuando, en realidad, algunos autores añaden una tercera dimensión a las dos anteriores: aquella pragmática retórica (Atienza, 2013, p. 110-111). En efecto, para muchos teóricos e ideólogos de la ponderación, este tercer aspecto permitiría eliminar (o reducir drásticamente) los márgenes de discrecionalidad de la ponderación. Ello porque sería posible completar el aspecto material de la justificación, sirviendo así para identificar cuál es la respuesta mejor o correcta. Bien entendido: no se trata sencillamente de que se deba adoptar la decisión mayoritaria (o la más persuasiva retóricamente), sino aquella que sería suscrita por un conjunto de personas racionales y razonables: un auditorio ideal particular, en palabras de Aarnio (1991, p. 236ss.), en el que se ven satisfechos los requisitos de algún tipo de ética discursiva.

Sin embargo, tampoco este aspecto pragmático o retórico parece servir para salvar la ponderación (ni tampoco la concreción). La razón es que estas soluciones no se limitan a indicar que cuál sea la solución preferible depende sencillamente de un hecho empírico: lo que decida un conjunto de personas reales. Por el contrario, en tales concepciones, la solución sería el resultado de la discusión de una comunidad ideal. El problema es que tal comunidad nunca se constituye o se verifica en la realidad, no pudiendo ofrecerse ningún criterio

²³ Véase nota 20 supra.

—independiente de las propias preferencias— para mostrar una solución como la más justificada. Constituye así un ejercicio de imaginación que, al no poder encontrar nunca —por definición— contraste con hechos empíricos, termina traducéndose en un mero expediente retórico para poner en boca de tal auditorio las preferencias del intérprete-aplicador²⁴.

Seguridad jurídica

Si los instrumentos de la ponderación y de la especificación de principios otorgan al intérprete-aplicador amplios márgenes de discrecionalidad, entonces parece inevitable que el empleo de dichas técnicas produzca inseguridad jurídica (Comanducci, 1994).

Por seguridad jurídica se pueden entender obviamente cosas diferentes. Aquí me estoy refiriendo solo a la capacidad para establecer cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas que de hecho se le apliquen a un sujeto por realizar una conducta. Por supuesto, la determinación de qué premisa normativa empleará un tribunal no es condición suficiente para determinar qué consecuencias se seguirán de la comisión de un acto (al menos porque, para ello, sería necesario predecir también cuál será la premisa fáctica), pero sí parece ser una condición necesaria para poder realizar dicha predicción (Núñez Vaquero, 2012).

Sin embargo, aunque el anterior argumento parece evidentemente plausible, Ronald Dworkin (1984) —pero junto a él otros autores— ha venido insistiendo en la idea de que los principios antes que procurar indeterminación traerían mayor certeza al derecho. En síntesis, el argumento es más o menos el siguiente: cualquier participante razonable en la comunidad jurídica es capaz de predecir el resultado de este tipo de operaciones precisamente porque las consecuencias normativas a las que llegan sujetos razonables son análogas o iguales (Comanducci, 2010, p. 88).

Pero la tesis anterior no resulta persuasiva por dos razones diferentes.

La primera de ellas es que parece presuponer un acuerdo sustantivo acerca de cuáles son los valores y principios presentes en el derecho y/o en la comunidad jurídica. Sin embargo, la admisión de la existencia de principios implícitos y el pluralismo axiológico presente en las sociedades contemporáneas se refleja (no puede no reflejarse) en una discrepancia en la identificación de los principios y valores

²⁴ Las tesis constructivistas tienen, además, el problema de tener que justificar las reglas procedimentales que regirían el discurso práctico. De este modo, enfrentan, también en esta instancia, el problema de suscribir un objetivismo moral fuerte.

considerados como jurídicos²⁵. En la medida en que una parte de dichos principios no son explícitos —producto de la interpretación de enunciados normativos de las autoridades—, sino implícitos (construcciones jurídicas), entonces es plausible pensar que sujetos racionales y razonables desacuerden sobre cuáles son los principios del ordenamiento.

La segunda objeción es que, aunque sujetos razonables concuerden acerca de cuál es el conjunto de los principios jurídicos, es posible que aquellos alcancen soluciones normativas diferentes mediante ponderación y concreción de principios. Las razones ya las hemos visto: el uso de concreción y ponderación deja amplios márgenes de discrecionalidad que requieren del intérprete-aplicador elecciones axiológicas basadas en sus preferencias. Y así, resultará bastante complicado determinar cómo decidirán los jueces.

Es importante señalar que, leída a contrario, la premisa de la que parten estos autores —sujetos razonables llegan a conclusiones análogas o equivalentes— resulta de lo más perturbador: si hay un desacuerdo radical acerca de las conclusiones normativas de una ponderación a partir del mismo conjunto de principios, entonces es que uno de los sujetos que desacuerda no es razonable (o racional²⁶). Ello deja al sujeto que desacuerda frente a una mayoría en una situación bastante complicada: frente al error o a la maldad de quien difiere.

CONCLUSIÓN. UNA POSIBLE ALTERNATIVA: LOS PRECEDENTES JUDICIALES

En este apartado conclusivo, antes que desarrollar una propuesta alternativa al uso de la ponderación y concreción, voy únicamente a indicar un camino que es posible desarrollar para, si no eliminar completamente el uso de la ponderación y la concreción de principios, al menos sí limitar algunos de sus efectos nocivos. No es ni mucho menos la única vía (Zucca et al., 2011), pero ha sido indicada por algunos como la más prometedora: el precedente judicial (Laporta, 1997).

Cuando hablamos de precedente, o de jurisprudencia vinculante, a lo que estamos haciendo referencia es a un conjunto de normas que dictan que los órganos jurisdiccionales deben decidir de conformidad a como se han decidido casos

²⁵ Se podría pensar que, si se conocen cuáles son los valores y principios socialmente predominantes o dentro de un tribunal, sí se podría predecir cómo decidirán los jueces. No obstante, las dificultades vistas en el apartado anterior se vuelven a reproducir aquí, lo que no sucedería o sucedería en menor medida, en el caso de que nos estuviéramos refiriendo únicamente a reglas (Comanducci, 2010, p. 75ss.).

²⁶ La excepción a dicha tesis serían los *faultless disagreements* o desacuerdos sin error. Ahora bien, cuándo un desacuerdo sea sin error depende de qué consideremos por desacuerdo razonable, por lo que no desaparece la posibilidad de considerar a un sujeto como irracional o no razonable por desacordar. Dicho de otro modo: cuándo el desacuerdo sea razonable, al menos en relación a ponderación y concreción de principios, también depende de las preferencias valorativas del agente.

similares (regla del *stare decisis*). A la norma que ha sido aplicada por un órgano jurisdiccional, y que debe ser aplicada a otros casos, se la llama *ratio decidendi*²⁷.

Dentro de los tipos de reglas del *stare decisis* se puede distinguir, con base en quien es el sujeto obligado, al menos, entre los siguientes sistemas de precedentes. En primer lugar, el precedente vertical, en el que los órganos implicados mantienen una relación orgánica de jerarquía. En segundo lugar, el precedente horizontal, que se produce entre órganos que pertenecen a la misma estructura orgánica pero entre los que no existe una relación de dependencia, situándose ambos al mismo nivel orgánico (normalmente con competencias territorialmente diversas). En tercer lugar, el autoprecedente, aquel que se da cuando el órgano obligado por el precedente es el mismo que dictó el precedente. Estos no son los únicos tipos de precedentes, pero son lo más relevantes para mis fines aquí.

Es el momento de recuperar nuestra distinción entre ponderativismo caduco y perenne. El ponderativismo caduco parece comprometido con algún sistema de precedentes porque es la única forma de que las reglas fijadas por los tribunales (especialmente constitucionales) cuenten como razones dotadas de autoridad para decisiones posteriores; por su parte, el ponderativismo perenne es incompatible con un sistema de precedentes (o compatible solo con uno de bajísimo grado de vinculatoriedad), precisamente porque el resultado de ponderaciones y concreciones es permanentemente revisable. Así las cosas, si por cualquier razón se considera que ponderación y concreción de principios son instrumentos necesarios o deseables, el caduco —comprometido con un sistema de precedentes— está en mejor posición para limitar algunos de los efectos perversos de ambos instrumentos.

De este modo, un sistema de precedentes viene a mitigar algunos efectos nocivos del ponderativismo: (i) reduce la discrecionalidad, limitando el acceso a la ponderación. Ello porque lo que hace la regla del *stare decisis* es presentar al intérprete-aplicador una regla que normalmente contará como una razón concluyente. 'Normalmente' porque el hecho de que se trate de una razón concluyente dependerá, empíricamente, de lo que predisponga cada ordenamiento. Pero incluso cuando dicha norma no sea una razón concluyente, en un sistema de precedentes mínimamente vinculante, quien decida apartarse de esta tendrá al menos la obligación de justificar por qué no la aplica; (ii) la regla del precedente parece aumentar la seguridad jurídica debido a que, antes de realizar una ponderación, el órgano jurisdiccional —si se dan las propiedades previstas en el antecedente de la *ratio decidendi* pasada en el caso a decidir— debe sencillamente aplicar aquella. De este modo, pareciera que resultará más sencillo realizar predicciones acerca de cómo decidirán los jueces los casos futuros que si el caso se ve sometido a una ponderación o concreción de principios; (iii) un sistema de precedentes judiciales sirve, aunque

²⁷ Esto, hay que señalarlo, implica una importante reducción de una cuestión extremadamente compleja pero de la cual debo prescindir.

solo en cierto sentido, para proteger los derechos fundamentales²⁸. El principal problema que hemos señalado en relación al uso de la ponderación y concreción respecto a los derechos fundamentales, es que estos dejan de ser —como en su concepción liberal clásica— protecciones frente a todo evento. Si tenemos un sistema de precedentes dotados de autoridad, entonces la configuración judicial de los derechos los convertirá en razones no derrotables; salvándose así, la crítica liberal de los derechos como protecciones frente a todo evento.

Antes de concluir es preciso hacer dos precisiones importantes. La primera hace referencia al contexto en el que surge un sistema de precedentes, mientras que la segunda hace referencia a dos problemas que implica tener un sistema de precedentes sobre los que no se llama suficientemente la atención.

El precedente en cuanto norma que ha sido aplicada es resultado de algún tipo de operación interpretativa, ponderativa o de concreción²⁹. Es decir, para tener precedentes, primero es preciso tener decisiones jurisdiccionales que habrán sido más o menos discrecionales. No elimina, por tanto, totalmente la discrecionalidad, sino que presupone necesariamente decisiones más o menos discrecionales. Debido a los desacuerdos que tenemos acerca de las concepciones de nuestros principios o qué criterios interpretativos hay que aplicar, dichas decisiones judiciales habrán sido —en alguna medida— discrecionales.

No debemos pensar que un sistema de precedentes sea una guía segura para hacer desaparecer los efectos perversos que produce el uso de la ponderación y concreción de principios. Antes bien, todo sistema de precedentes debe afrontar al menos dos problemas. El primero de ellos es la identificación de la *ratio decidendi*. En la medida en que la *ratio* es formulada (cuando lo es) mediante enunciados lingüísticos, estos son objeto de interpretación y por lo tanto la identificación de la *ratio* se convierte en una actividad con amplios márgenes de discrecionalidad³⁰.

²⁸ Sobre el papel del precedente en la protección de los derechos fundamentales en Colombia, véase Arango (2006); sobre el papel del precedente en la jurisprudencia colombiana, véase Bernal Pulido (2008); para un análisis de su evolución, véase López Medina (2015).

²⁹ Me sugiere uno de los evaluadores de este trabajo que existe una vinculación necesaria entre precedentes y ponderación judicial: si se establece un precedente es porque sea realizado una ponderación. No puedo estar de acuerdo sobre este punto. El establecimiento de un precedente, en efecto, puede ser el producto de una ponderación. Ahora bien, no existe una vinculación necesaria entre precedente y ponderación ni tampoco es el único medio por el que establecer un precedente. En primer lugar, es perfectamente posible que la ponderación se realice caso a caso no otorgándosele ningún valor a la regla producto de la ponderación hacia el futuro (ponderación *ad hoc*) (Maniacci, 2003). En segundo lugar, es perfectamente posible que el precedente sea producto, por ejemplo, de una elección interpretativa no mediada por ponderación alguna (eligiendo una interpretación originalista, literalista entre otras) (Núñez Vaquero, 2016).

Sugiere el mismo evaluador que, así las cosas, no se puede diluir la ponderación sin destruir el precedente. Más allá de que haya otras formas de establecer precedentes sin necesidad de ponderar, es perfectamente posible que ambos instrumentos convivan a condición de que los resultados de la ponderación sean tomados como precedentes y no quepa volver a ponderar (Núñez Vaquero, 2016).

³⁰ Autores poco sospechosos de ser escépticos como Taruffo (2009) o Neil Duxbury (2008) coinciden en este punto.

Cuando los problemas interpretativos no resultan superables, se recurre a un expediente similar a aquel del legislador racional (“el adjudicador racional”); reinterpretando el texto para atribuirle algún significado plausible, determinando así la *ratio*. Por supuesto, del mismo modo que en el caso del legislador racional, este expediente concede amplios márgenes de discrecionalidad.

El segundo problema que debe enfrentar todo sistema de precedentes es que, salvo alguna excepción históricamente discutible, no ha habido nunca un sistema de precedentes judiciales absolutamente vinculante. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales disponen de una multitud de instrumentos para no aplicar o modificar el precedente judicial, lo que viene a mermar la capacidad del sistema de precedentes para reducir la discrecionalidad judicial³¹. A ello se suma que, en la mayoría de ocasiones, el conjunto de normas del *stare decisis* —las normas que regulan qué cuenta como precedente, cómo es de vinculante, entre otras— suelen ser normas implícitas, lo que hace que no siempre sea claro cuáles son aquellas, aumentando así, ulteriormente, el margen de discrecionalidad del intérprete aplicador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid, España: CEPC.
- Alexy, R. (1993). *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: CEPC.
- Alexy, R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid.
- Arango, R. (2006). El valor de la coherencia y el precedente constitucional. En Zuluaga, R. (Ed.). *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Atienza, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 31, 205-223.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Bayón, J.C. (1989). Causalidad, consecuencialismo y deontologismo. *DOXA*, 6, 461-500.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA*, 26, 225-238.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado* 21, 81-94.
- Comanducci, P. (1994). Aarnio e il problema della certezza del diritto. En Comanducci, P. y Guastini, R. (Ed.). *Analisi e diritto*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho*. Madrid, España: CEPC.

³¹ No es este el lugar indicado para explicar la cuestión pero, antes que eliminarla, lo que hace un sistema de precedentes es transformar el tipo de discrecionalidad de la que gozan los tribunales. No creo que sea conveniente abordar este tipo de discrecionalidad desde la óptica hartiana, ni el debate sobre el positivismo jurídico, como me sugiere uno de los evaluadores de este trabajo. La razón es que conduce a una serie de infinitos debates y disputas en la bibliografía secundaria, que desvían la atención sobre el problema abordado en este trabajo.

- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA*, 34, 15-53.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del 'coto vedado'. *DOXA*, 6, 209-213.
- Guastini, R. (2009). La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico. En Carbonell, M. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid, España: Trotta.
- Itzcovich, G. (2003). Bilanciamento *ad hoc* y bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? *Diritto & Questioni Pubbliche*, 3, 109-122.
- Laporta, F. (1997). Vindicación del precedente judicial en España. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 267-278.
- López Medina, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las altas cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente*, 7, 9-42.
- Maniaci, G. (2003). Equilibrio riflessivo e discorso razionale nell'argomentazione giudiziale. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 3, 73-100.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Núñez Vaquero, Á. (2012). Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. *DOXA*, 35, 717-747.
- Núñez Vaquero, Á. (2016). Sin precedentes. Una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. *DOXA*, 39, 127-156.
- Núñez Vaquero, Á. (2016). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En Aguiló, J. y Grandez, P. (Ed.). *Sobre el razonamiento judicial. Diálogos con Manuel Atienza*. Palestra, Perú: Lima.
- Pino, G. (2009). Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli. *DOXA*, 32, 647-664.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima, Perú: Palestra.
- Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre 'neoconstitucionalismo'. En Fabra, J. y Núñez Vaquero, Á. (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Ratti, G. (2009). Sulla forma logica dei principi giuridici. *Norme, principi e logica*. Genova, Italia: Aracne.
- Sardo, A. (2013). Teorías de la ponderación. Análisis crítico. En Grandez, P. y Morales, F. (Ed.). *La argumentación jurídica en el estado constitucional*. Lima, Perú: Palestra.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid, Valencia: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Zucca, L. et al. (2011). *Dilemas constitucionales*. Madrid, España: Marcial Pons.